

CYCLE PARTENARIAT TRANSATLANTIQUE ET NOUVEAUX REGIONALISMES

Judi 27 novembre 2014

12h45 – 14h00, 18 rue de Martignac – 75007 Paris

TTIP : Faut-il un arbitrage investisseur - État ?

Compte-rendu

Sous la présidence de **SEBASTIEN JEAN**
Directeur du CEPII

Intervenants

LEOPOLDO RUBINACCI

Négociateur en Chef pour les investissements, Commission européenne

DIEGO P. FERNANDEZ ARROYO

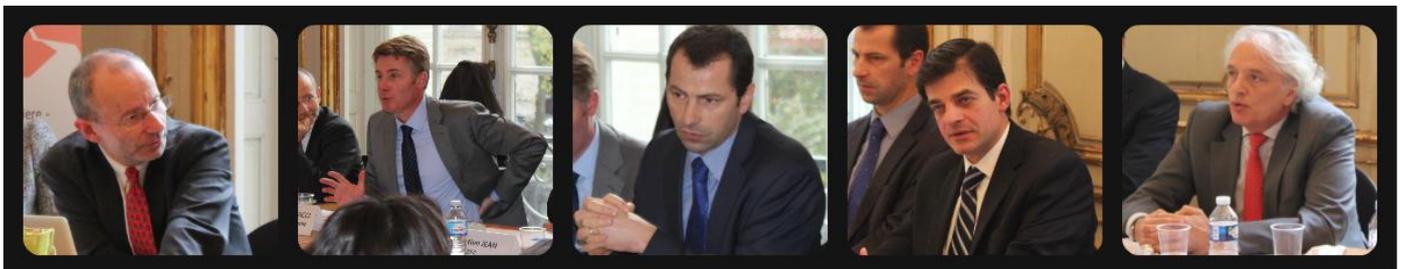
Professeur, École de Droit de Science Po et Co-directeur du Global Governance Studies

ANDREAS GALANAKIS

Policy Director, AmCham EU

BERTRAND WARUSFEL

Professeur, École de Droit de Science Po et Co-directeur du Global Governance Studies



La protection des investissements et le règlement des différends investisseur-État font l'objet d'âpres polémiques dans le cadre des négociations sur le partenariat transatlantique. Certains voient une protection naturelle des droits des investisseurs là où d'autres voient une menace pour la capacité des États à légiférer sur des sujets sensibles, lorsque leurs intérêts s'opposent à ceux des multinationales.

Prenant acte de la sensibilité du sujet, la Commission européenne a lancé en mars dernier une consultation publique sur ce sujet, qui a recueilli près de 150 000 réponses. Quel bilan peut-on dresser des avantages et inconvénients d'un arbitrage investisseur-État dans le cadre du TTIP ? Procurerait-il un avantage économique substantiel ? Créerai-il des risques avérés ?

L'objectif de cette conférence est de donner des éléments d'analyse permettant d'améliorer la qualité du débat autour du TTIP.

LEOPOLDO RUBINACCI

1) L'investissement dans la politique commerciale de l'Union européenne.

Le Traité de Lisbonne a été un tournant dans la politique commerciale de l'Union européenne. Avant le Traité de Lisbonne, chaque État mettait en place des accords spécifiques de promotion et protection des investissements et 28 configurations différentes de gestion des investissements étrangers ont été créées au sein de l'Union. Ainsi depuis 1960, un total de 1382 accords bilatéraux a été signé entre les États membres et des pays tiers hors UE et 149 entre les États-membres. Le Traité de Lisbonne a créé une compétence exclusive pour l'Union au sein de la politique commerciale commune, couvrant la libéralisation et la protection de l'investissement.

Dès lors, la Commission négocie des accords internationaux au nom de l'Union et des États-membres sur la base de directives de négociation adoptées par le Conseil, qui conclut l'accord sous réserve du consentement du Parlement européen.

2) Accord d'investissement : quid ?

Lorsque l'on parle d'accord d'investissement, on parle d'un accord qui comprend un certain nombre de normes internationales sur le traitement qu'un État va décider d'octroyer à des investisseurs d'un autre État. Dans ce contexte, cinq obligations majeures doivent être prises en compte. La première est celle de la non-discrimination. Un investisseur dans un pays

étranger espère être traité de la même façon qu'un investisseur local. La deuxième obligation internationale suppose le traitement juste et équitable, notamment en ce qui concerne l'accès à la justice. La troisième obligation est la liberté de transferts qui permet à un investisseur étranger de rapatrier (transférer) de l'argent vers la maison mère. La quatrième est celle du respect des contrats, conclus entre l'État et l'investisseur étranger, aussi appelé « clause parapluie ». Enfin, la cinquième obligation concerne les modalités concernant l'expropriation : celle-ci ne doit pas être discriminatoire, doit s'inscrire dans le cadre d'une politique publique et être accompagnée d'une compensation. Une obligation similaire se trouve dans les dispositions de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Les règles internationales doivent s'accompagner d'un système de résolution des problèmes. L'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) a mis en place un système de résolution en cas de litige entre États.

3) Pourquoi y-a-t-il des accords d'investissement ?

L'UE dans son ensemble est le principal investisseur mondial et la zone économique qui reçoit le plus d'investissements étrangers au monde. L'investissement est donc un facteur de croissance important pour les économies européennes, qui se fondent en grande partie sur leur capacité à investir à l'étranger et à attirer des investissements. Depuis la crise financière, néanmoins, l'UE a perdu énormément d'investissements en provenance des pays tiers, ces derniers demeurant encore en deçà des niveaux d'avant crise.

Les accords d'investissement offrent ainsi une possibilité d'attirer des investissements en assurant leur sécurité juridique. Un investissement, contrairement au commerce de marchandises à niveau international, est une immobilisation d'une valeur économique importante et sur une longue durée. En droit international, un pays tiers n'a que très peu d'obligations vis-à-vis des ressortissants étrangers sur son territoire. Pour un investisseur qui va prendre un risque et immobiliser une somme économique importante, la sécurité juridique est essentielle.

La relation entre un investisseur et un État étranger est toujours spécifique. L'investisseur est souvent considéré comme bienvenu puisqu'il apporte des fonds. Mais un État est libre de changer sa législation même si cela peut être nuisible aux intérêts des investisseurs étrangers.

4) Pourquoi la résolution des différends entre investisseurs et États (RDIE) ?

Pour plusieurs raisons. Tout d'abord, la RDIE est le résultat d'un processus d'évolution. Avant son existence, le seul recours qui était prévu aux différends entre des investisseurs étrangers et un État était celui de la diplomatie. Cette dernière en cas d'échec était éventuellement remplacée par la force. La RDIE offre un meilleur recours et une vraie alternative à la politisation des relations économiques. Elle permet de résoudre les différends de façon indépendante et impartiale. L'idée étant d'offrir une possibilité de résolution de différends de manière neutre, en dehors du système de juridiction des cours nationales qui peuvent parfois ne sont pas en ligne avec les obligations internationales auxquelles l'État a souscrits.

5) Quel sont les limites du système actuel ?

Ces dispositions de protection des investissements sont importantes pour les flux d'investissements. Toutefois, le système présente un certain nombre de limites et a besoin d'améliorations.

Tout d'abord, les accords d'investissement des États-membres présentent des textes courts et essentiels. En effet, les obligations de protection des investisseurs sont exprimées de manière très générale et limitée, ce qui donne à un arbitre international des possibilités d'interprétation très larges. Le système de RDIE est un héritage du système d'arbitrage commercial privé. Dans ce dernier, les arbitres sont choisis par les parties concernées qui se mettent d'accord pour choisir le président du tribunal, tout reste très confidentiel et les arbitres présentent une forte discrétion de décision.

Pour améliorer le système d'accord d'investissements actuel, il est nécessaire, entre autres, de rendre ce dernier plus transparent. Il faut regarder en profondeur le rôle « éthique » des arbitres, et empêcher qu'un même investisseur puisse saisir deux juridictions parallèles pour le même problème (i.e. litiges parallèles en cour nationale et en arbitrage). Enfin, il faut que des demandes non-fondées puissent être éliminées de manière rapide, de façon à en finir avec les problèmes de cohérence, d'interprétation et de révision des sentences arbitrales.

6) Les actions de l'UE.

La Commission européenne reconnaît les imperfections du système de résolution actuel et mène des actions pour l'améliorer. Cela consiste à mettre en place des règles plus homogènes qui lient mieux les aspects de libéralisation et de protection des investissements. La Commission cherche également à clarifier les obligations liées aux investissements, de

façon à limiter la marge d'interprétation des tribunaux d'arbitrage. De plus, les accords bilatéraux entre les États-membres et les pays tiers sont progressivement remplacés par des accords européens.

7) Pourquoi le « i » d'investissement dans le TTIP ?

Premièrement, le *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP) a pour principale motivation la volonté de couvrir l'ensemble de la relation économique transatlantique. Or, plusieurs études sur les chaînes de valeur globales montrent que les investissements, les services et les marchandises intègrent tous une même dynamique. De cette façon, il est très difficile de désagréger l'investissement du commerce des services et des marchandises. Par ailleurs, l'UE et les États-Unis ont des principes communs sur l'investissement qui ont été agréés en 2012, et il y a également 9 accords bilatéraux sur l'investissement (plus des accords de commerce et navigation) entre les États-membres et les États-Unis.

8) Les inquiétudes liées au TTIP

Lors du début des débats autour du TTIP des inquiétudes ont émergé dans les États-membres. Ces inquiétudes portent, notamment, sur une possible suppression de la capacité des États à légiférer sur des sujets sensibles, lorsque leurs intérêts s'opposent à ceux des multinationales. Des grandes inquiétudes concernant la légitimité du système des résolutions de différends, un risque de litige accru, qui est perçu par de nombreuses personnes sur la législation européenne.

L'Union européenne a déjà conclu deux accords de libre-échange de grande ampleur. Le premier avec le Singapour, en 2012 et le deuxième avec le Canada en 2014. Même si, a priori, ces deux accords permettraient de répondre de manière très large aux inquiétudes liées au TTIP, la Commission a décidé de faire une consultation publique sur l'avis des citoyens sur l'approche utilisée dans les négociations du TTIP. Les 149 933 réponses obtenues sont en cours d'analyse et devraient faire l'objet d'un rapport public avant la fin de l'année.

DIEGO P. FERNANDEZ ARROYO

La discussion autour du TTIP va au-delà des problèmes d'arbitrage. En effet, ce projet de partenariat évoque d'autres questions importantes : la définition des standards de protection, les niveaux de protection, etc. L'initiative de la Commission d'ouvrir le débat publiquement est sûrement remarquable et permet de clarifier le débat. Il est possible d'identifier deux options concernant la place des investissements dans le TTIP. La première option est celle

de ne pas inclure les investissements dans le traité et dans ce cas l'UE devrait profiter de cela pour analyser tous les traités sur l'investissement qui sont en vigueur. Or, cela n'est probablement pas envisageable ni recommandable. La deuxième option est celle d'améliorer le système de résolution de différends grâce au TTIP. Plus précisément, les inquiétudes liées au TTIP permettent d'améliorer la transparence et la cohérence du système de résolution existant. Quelques critiques sont, néanmoins, nécessaires en ce qui concerne l'inclusion de la RDIE dans le TTIP. Cela est-il vraiment nécessaire ? Selon ces critiques, l'UE et les États-Unis possèdent tous les deux des bons systèmes judiciaires, et il serait peut-être préférable d'améliorer la jurisprudence concernant les accords internationaux plutôt que d'incorporer la RDIE au TTIP. Outre les doutes légitimes sur le fonctionnement de certains systèmes judiciaires européens, la question semble moins rattachée à la qualité de ceux-ci qu'au besoin d'assurer un mécanisme de résolution de différends neutre.

ANDREAS GALANAKIS

1) Potential economic gains of TTIP.

It is important to highlight the significant economic gains that TTIP has to offer. Such trade deal could bring an extra €119 billion for the EU and €95 billion for the US. Furthermore, the amount EU and US trade with the rest of the world would increase by around €33 billion, and a €100 billion potential increase in GDP for the rest of the world that would follow an EU-US trade deal.

2) Transatlantic relationship and investments

The European Union is the world's largest investor abroad and the largest recipient of FDI. Investments are the real driver of the transatlantic relationship. As a matter of fact, the US and the EU have invested a total of €2.8 billion in each other's economies.

Investment agreements are an essential part of trade agreements rather than an instrument for regulatory change. Since 2012, the UE and the US have a joint agreement of "Shared Principles for International Investment", which reaffirms the commitment of both parts to open, transparent, and non-discriminatory international investment policies. This has not only contributed to attract new investments but also to protect investments in both the US and the EU.

3) Why should ISDS be included in TTIP?

It will help foster complex decisions such as transatlantic investments and offer the opportunity to improve investment protection standards globally. Yet, it will ensure that EU companies and U.S. companies get the same protection. Furthermore, ISDS prevents discrimination, annulment of contracts, and expropriation of property without appropriate compensation. Finally, ISDS could also become a benchmark for what could be achieved internationally, improving protection standards globally.

4) How to address some myths and misconceptions with regards to the ISDS?

It is important to explain that ISDS is about applying the law and not challenging national policy or States' sovereignty. As a matter of fact, it is a measure of neutral arbitration that does not allow companies to impose their will on small countries or to sue governments for compensation over a future loss of profit. It seems obvious that the EU and the U.S. have no interest in losing their right to regulate. Therefore, ISDS presents no harm for countries' regulating power. Furthermore, ISDS should be viewed as a last resort option and hence it is not a means to bypass national courts.

5) Is the CETA a good basis for the TTIP / ISDS?

The Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada and the European Union is definitely a good reference for the TTIP negotiations. Nevertheless some enhancements are expected. First, it is necessary to span the current definition of "indirect expropriation", and to define further "fair and equitable treatment" in order to avoid uncertainty and unpredictability in arbitration. Second, a greater clarity in terms of how to guarantee transparency in trials is needed. In fact, this would reduce arbitrator costs and eliminate frivolous claims. Finally, it is important to ensure independent and impartial conduct of arbitrators through a "separation of powers".

BERTRAND WARUSFEL

1) Statistiques sur le RDIE dans l'ALENA.

Un total de 34 poursuites ont été intentées par des entreprises étrangères contre le Canada, qui jusqu'à présent a été condamné à verser une somme de \$144 millions. Néanmoins, lorsque l'on ajoute à cette valeur les poursuites en cours et les dommages potentiels à être versés, le montant final que le Canada pourrait devoir payer devient égal à \$5,793 milliards. Jusqu'à présent, le Mexique a payé en dommages la somme de \$235 millions et les poursuites en cours sont d'environ \$9,7 millions. Aux États-Unis, 17 poursuites ont été

intentées sans succès. Même si jusqu'à présent les États-Unis n'ont rien payé, ils s'exposent à des dommages potentiels de \$520 millions.

2) La RDIE et le TTIP

Depuis le Traité de Lisbonne, l'Union européenne est responsable des questions d'investissement. Cependant, le droit économique demeure coproduit par l'UE et les États-membres. Les juridictions nationales des États reconnaissent la primauté des normes internationales. Aujourd'hui, la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) garantit le contrôle entre le droit de propriété et les autres libertés fondamentales.

Quelques réflexions sont nécessaires en ce qui concerne l'inclusion de la RDIE dans le TTIP. La première concerne la préservation de la capacité de régulation publique nationale et européenne. Ensuite, il s'agit de savoir comment concilier les droits fondamentaux européens (i.e. vie privée, santé, etc.) avec la RDIE ? La RDIE semble également présenter des difficultés pour la coresponsabilité entre l'UE et les États-membres. Finalement, la RDIE risque de créer un détournement systématique de la compétence des juridictions nationales ou européennes qui verraient une perte d'autorité.

3) Des alternatives possibles à la RDIE

Quelques alternatives à la RDIE sont envisageables. Une option serait de privilégier la médiation ou le recours à des instances non-contentieuses (Ombusman, AAI, etc.) en cas de litige. Une deuxième alternative serait de donner compétence aux juridictions nationales pour sanctionner des violations du traité, ceci avec, du côté européen : une compétence communautaire aux juridictions nationales (avec appel devant la CJUE) ; ou donner compétence à la CJUE pour une action spécifique en manquement de l'investisseur contre l'État-membre violant le traité. Il est également possible de se constituer une Cour bilatérale ad-hoc issue des juridictions USA et UE. En effet, l'UE et les États-Unis ont la légitimité nécessaire à la création d'un nouvel instrument de règlement des litiges adapté à la nouvelle génération d'accords de libre-échange.